

نقش آزمایش‌های «دی.ان.ای» در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران^۱

مهشید سادات طبائی^۲

چکیده

یکی از مسائل مهم حوزه حقوق خانواده، اثبات نسب می‌باشد که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن مترتب است. امروزه با پیشرفت علم، امکان استفاده از آزمایش‌های ژنتیک در دعاوی اثبات نسب وجود دارد. فقها در حجیت این‌گونه آزمایش‌ها برای اثبات نسب اختلاف دارند؛ برخی به حجیت این ادله در صورت حصول علم و گروهی بر عدم حجیت آن معتقدند. در میان حقوقدانان اختلاف نظر کمتری وجود دارد و اختلاف موجود صرفاً در نحوه استناد به این آزمایش‌هاست.

مقاله حاضر بر آن است که نقش آزمایش‌های دی.ان.ای و امکان استناد به آن را در دعاوی اثبات نسب بررسی کند و ببیند آیا با مقررات موجود می‌توان به این آزمایش‌ها استناد کرد یا تا زمانی که قانون بر آن تصریح ننماید، چنین مجوزی وجود نخواهد داشت. در شرایط حاضر، با توجه به این‌که همه ادله اثبات نسب مبتنی بر ظن است و احتمال اثبات خلاف در آن‌ها وجود دارد و نیز به لحاظ غیرانحصاری بودن ادله مذکور، باید بتوان آزمایش‌های ژنتیک را به عنوان یک دلیل جدید در بسیاری از دعاوی اثبات نسب استفاده کرد، لکن برای ایجاد بستر لازم برای استناد به آن نیاز به تصریح قانونی وجود دارد.

واژگان کلیدی

اثبات نسب، انحصار ادله، طریقت، موضوعیت، ژنتیک، آزمایش دی.ان.ای

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۱/۲۸؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۱/۵/۷

۲- عضو هیأت علمی واحد الکترونیکی دانشگاه آزاد اسلامی و دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران
dr_tabaei@yahoo.com

مقدمه

دیر زمانی نیست که استفاده از آزمایش‌های ژنتیک به عنوان یک شیوه مهم تشخیص هویت انسانی در جهان^۱ مطرح گردیده است. در حقوق ایران به لحاظ بدیع بودن مسأله اثبات نسب از طریق آزمایش ژنتیک، موضع قانونی مشخصی وجود ندارد و علی‌رغم پیشرفت روزافزون دقت آزمایش‌های «دی.ان.ای» و استقبال افراد جامعه از آن در مقایسه با سایر طرق اثبات نسب، بررسی کافی و وافی درباره آن صورت نگرفته است؛ زیرا پذیرش این آزمایش‌ها برای اثبات نسب در فقه به روشنی تبیین نگردیده و مسأله حجیت آن دغدغه‌ای است که نیاز به تفحص دارد تا با تبیین مبانی فقهی امکان ارائه راهکار قانونی نیز فراهم گردد.

اگرچه ممکن است آزمایش‌های ژنتیک در حال حاضر توسط اشخاص یا دادگاه مورد استفاده قرار گیرد، اما قانونی که بر امکان استفاده از این شیوه حکومت نماید یا در موارد لزوم به قضات امکان اجبار به انجام آزمایش را دهد، وجود ندارد. تمرکز اصلی این مقاله بر آن است که جایگاه فقهی و حقوقی آزمایش‌های «دی.ان.ای» و امکان قانونی استفاده از آن را با توجه به قوانین موجود بررسی نماید. لذا مسأله اساسی این مقاله آن است که آیا امکان اثبات نسب با آزمایش «دی.ان.ای» وجود دارد؟ آیا پذیرش این‌گونه آزمایش‌ها به عنوان دلیل جدیدی برای اثبات نسب امکان‌پذیر است یا آن‌که ادله اثبات نسب جنبه انحصاری دارد و لذا دلیل جدید دیگری که بتوان با آن به حقیقت دست یافت، قابل پذیرش نیست؟

نویسنده در مقاله حاضر سعی کرده است مبانی و دلایلی را که بر اساس آن‌ها به اعتبار یا عدم اعتبار آزمایش‌های «دی.ان.ای» اظهار نظر کرده‌اند، با تحلیل منطقی به روش

۱- امروزه بانک ژنوم انسانی در بسیاری از کشورها وجود دارد.

۲- نخستین بار «الک جفری» یک دانشمند انگلیسی موفق شد روش انگشت‌نگاری ژنتیکی را ارائه کند. در سال ۱۹۸۶، از این روش برای رفع اتهام از یک مظنون احتمالی در تجاوز به عنف در انگلستان استفاده شد (محسنی، امیر حسین، انگشت‌نگاری ژنتیکی، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://molecularmicrobiology.persianblog.ir/post/123>).

کتابخانه‌ای و از طریق اینترنت بررسی کند و در نهایت پاسخ روشنی به حجیت این‌گونه آزمایش‌ها در دعاوی اثبات نسب ارائه نماید.

این مقاله در سه بخش قدرت اثباتی «دی.ان.ای» از لحاظ علمی، اعتبار آزمایش «دی.ان.ای» در فقه و حقوق و مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله ارائه می‌گردد.

قدرت اثباتی آزمایش «دی.ان.ای» از لحاظ علمی

«دی.ان.ای»^۱ یا دئوکسی‌ریبو نوکلئیک اسید، نوعی اسید نوکلئیک می‌باشد که دارای دستورات عمل‌های ژنتیکی است.^۲ قطعاتی از «دی.ان.ای» که اطلاعات ژنتیکی را با خود حمل می‌کنند «ژن»^۳ نامیده می‌شوند؛ «دی.ان.ای» دارای توالی‌های دیگری نیز می‌باشد که برای ساخت خود «دی.ان.ای» یا تنظیم استفاده از اطلاعات ژنتیکی موجود در «ژن»، استفاده می‌شود.^۴ این قسمت‌های خاص از ۲۰۰ تا ۱۴۰۰۰ باز تشکیل شده که در طول «دی.ان.ای» چند بار تکرار شده‌اند، لذا به آن‌ها مناطق تکرار شونده اطلاق می‌شود (مؤنزن‌انگان و عظیمی‌فر، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰). ترتیب پشت سر هم قرار گرفتن اجزای تشکیل‌دهنده این مناطق تکرار شونده در هر فرد منحصر به خود اوست^۵ (گودرزی و کیانی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷). بنابراین با تعیین توالی بازها در این مناطق تکرار شونده امکان شناخت هویت یک فرد وجود دارد. همان‌گونه که اثر انگشت هر فرد مختص به خود اوست، «دی.ان.ای» هم خاص خود او می‌باشد.^۶ برای ایجاد یک کودک باید سلول‌های نر و ماده در بدن مادر با هم ترکیب شوند به این

1- DNA: deoxyribo nucleic acid.

۲- نقش اصلی مولکول دی.ان.ای ذخیره‌سازی طولانی مدت اطلاعات ژنتیکی است.

۳- در واقع یک ژن بخش معینی از دی.ان.ای است.

۴- غفاری، محمد رضا، دئوکسی‌ریبو نوکلئیک اسید (DNA) چیست؟، پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روز رسانی ۹۱/۱/۳، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://genetics1.mihanblog.com/post/9>

۵- تنها دوقلوهای همسان توالی مشابه دارند.

۶- صناعی زاده، حسن، نقش DNA در تشخیص هویت، پزشکی قانونی، نشر دادگستر، ۱۳۸۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://kooldinali.parsiblog.com/Posts/360>

فرایند لقاح^۱ گویند. سلول ماده و سلول نر هر کدام ۲۳ کروموزوم دارند، سلولی تخمی که از ترکیب سلول نر و ماده به وجود می‌آید، ۴۶ کروموزوم دارد و یک موجود زنده جدید است.^۲

تعیین توالی اجزای تشکیل‌دهنده مناطق تکرارشونده با آزمایش «دی.ان.ای» که انگشت‌نگاری ژنتیکی^۳ (Butler, 2005, P.253) هم نامیده می‌شود، کاری سخت و پیچیده است؛ زیرا تعداد این اجزاء زیاد است و به‌علاوه ابعاد «کروموزوم» و «دی.ان.ای» بسیار ریز است، لذا آزمایش «دی.ان.ای» در چندین مرحله انجام می‌پذیرد.^۴ دو شیوه زیر برای برای انجام آزمایش «دی.ان.ای» مورد استفاده قرار می‌گیرد (Landry Rockowitz, Dufour, eta, 2008):

۱- روش تجزیه قطعات چندشکلی طولی^۵ با مطالعه نشانگرهای تکرار تاندوم‌های متغیر^۶

استفاده از این روش به سال ۱۹۸۰م برمی‌گردد. دقت این آزمایش در تشخیص هویت و اثبات نسب ۹۹/۹۹٪ بوده، اما چرخه زمانی آن طولانی است.^۷ «دی.ان.ای» را در این شیوه با روش‌های شیمیایی اخذ و توسط آنزیم‌های محدودکننده به قطعاتی برش

۱- باروری

۲- اگر کروموزوم‌های درون سلول یک انسان را کنار یکدیگر قرار دهیم، ۴۶ کروموزوم می‌شود. هر دو کروموزوم یک جفت را می‌سازند. یکی از این جفت‌های کروموزوم از مادر و دیگری از پدر به ارث برده می‌شوند (بحرینی، علیرضا، «DNA چه معنایی دارد؟»، پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روز رسانی، ۹۱/۱/۲)، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://genetics1.mihanblog.com/post/9>

3- DNA TYPING

۴- خصیصه آزمایش دی.ان.ای این است که برخلاف گروه‌های خونی که جهت رد ابوت به کار می‌روند کاربرد آن برای اثبات ابوت است.

۵- صناعی‌زاده، حسن، نقش DNA در تشخیص هویت، پزشکی قانونی، نشر دادگستر، ۱۳۸۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://kooldinali.parsiblog.com/Posts/360/>

6- Restriction fragment length polymorphism (RFLP).

7-Variable Numbers of Tandem Repeats (VNTR).

8- <http://www.dnacenter.com/science-technology/dna-history-1980.html>

می‌دهند، طول و تعداد قطعات به دست آمده از نمونه هر فرد با نمونه فرد دیگر تفاوت دارد (فاضل، ۱۳۸۸، ص ۷).

۲- روش^۱ واکنش زنجیره‌ای پلیمران^۲ با مطالعه نشانگرهای توالی‌های کوتاه کوتاه تکرار شونده^۳

این روش پیشرفته از سال ۱۹۹۰م مورد استفاده قرار گرفته و قدرت اثباتی آن بالاتر از ۹۹/۹۹٪ است^۴ که در مقایسه با روش قبلی از سرعت بیشتری برخوردار است.^۵ توالی توالی کوتاه تکرار شونده به طور معمول ۲ تا ۱۰ جفت باز طول دارند و تعداد تکرارها در هر فرد متفاوت است. در این روش، امکان اشتباه شدن فردی با فرد دیگر تقریباً به صفر می‌رسد^۶ (فاضل، ۱۳۸۸، ص ۹؛ Suter, 2010, P.6). هنگام مقایسه بین نشانگرها اگر فرزند، حتی در یک ناحیه با پدر یا مادر فرضی تفاوت داشته باشد، رابطه خویشاوندی تأیید نمی‌شود. درصد خطای این آزمایش^۷ بسیار ناچیز (میزان خطا $\approx 10^{-9} \times 7,2$) است (فاضل، ۱۳۸۸، ص ۱۰).^۸ در پزشکی قانونی ابتدا گروه‌های خونی مادر، فرزند و پدر احتمالی را بررسی می‌کنند؛ اگر هیچ‌گونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده

1- (PATERNITY TESTING USING HLA TYPING AND PCR (POLYMERASE CHAIN REACTION), 2012, <http://www.easydna.co.uk/blog/>

2 - Polymerase Chain Reaction (PCR).

3- Short Tandem Repeat (SRT).

۴- نریمان، مینا، «همکاری علم ژنتیک در اثبات ابوت یا نسب»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://www.drnariman.ir/site/index.php?option=com_content&view=article&id=28:

5-Ibid.

۶- ظفری، محمد آصف، کاربرد دی.ان.ای در اثبات جرائم، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.daneshju.ir/forum/t154538.html>

۷- برای شناسایی این نشانگرها از دستگاه توالی‌یاب ABI استفاده می‌شود. در این دستگاه نمونه‌های دی.ان.ای پس از انجام آزمایش، PCR اولیه در لوله‌های الکتروفورز مویینه حرکت کرده و با توجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف‌های کامپیوتری نمایش داده می‌شوند. به این ترتیب اندازه نشانگرهای ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته و با یکدیگر مقایسه می‌شوند.

8. <http://geneticlab.ir/?Lang=fa&Page=34&TypeId=%&GeneticLicenceId=18&Action=GeneticLicenceBodyView>

نشود، «ابوت» را نمی‌توان رد کرد، لذا مرحله بعدی، انجام آزمایشی دیگری^۱ بر روی خون مادر، فرزند و پدر احتمالی است که در این صورت اگر باز هم هیچ‌گونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود، آزمایش انگشت‌نگاری ژنتیکی را انجام می‌دهند (علیا، ۱۳۸۹، ص ۸).

در هر یک از این راه‌حل‌ها همواره مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارند که به طور قطع می‌توان بر آن‌ها اظهارنظر نمود (صبوری، ۱۳۸۶، ص ۲۸). با این حال، نتایج این آزمایش‌ها در سایر موارد هیچ‌گاه به ۱۰۰٪ نمی‌رسد؛ علت این است که برای رسیدن به یک نتیجه ۱۰۰٪ لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش قرار گیرند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجه یقینی دست یافت. مع الوصف، وجود احتمال بالاتر از ۹۹/۹۹٪ بیانگر آن است که رابطه‌ای فی‌مابین کودک و پدر احتمالی وجود دارد که امکان وجود آن با شخص دیگری با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است و این مسأله عملاً به مفهوم اثبات رابطه ابوت است (Genetic connections, 2012).

اعتبار آزمایش‌های ژنتیک از دیدگاه فقه و حقوق

در این بخش به بررسی این موضوع در دو حیطه فقه و حقوق ایران می‌پردازیم.

۱- اعتبار آزمایش «دی.ان.ای» از دیدگاه فقه

با توجه به جدید بودن استفاده از آزمایش ژنتیک در اثبات نسب، در تقریرات فقهای متقدم نصی برای آن نمی‌توان یافت. مع الوصف با مراجعه به متون فقهی ملاحظه می‌گردد که امکان توسل به کلیه طرق برای اثبات نسب وجود داشته است. ساده‌ترین راه برای اثبات نسب، توسل به اماره فراش بوده و در صورت فقدان طرق دیگر، از قرعه استفاده می‌شده است. ادله اثبات نسب در هیچ یک از متون فقهی تحت عنوانی خاص مورد بحث قرار نگرفته، بلکه در ابواب مختلف نظیر اولاد، مواریث و... به فراخور

1-HLA TYPING

موضوع، بررسی شده است (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۱۱۷، باب ۱۷ از احکام الاولاد، حدیث ۱)؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲۴، ص ۳۳۰؛ حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۳).

استفتائی در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید به عمل آمده است.^۱ مراجع تقلید در پاسخ به این استفتا به دو دسته تقسیم می‌گردند. اکثریت بر این عقیده‌اند که در صورت حصول علم می‌توان بر مبنای آن علم عمل نمود. آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی: «نسب به استناد آزمایش‌های مذکور شرعاً ثابت نمی‌شود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است والله العالم». آیت‌الله محمد فاضل لنکرانی: «اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او ملحق می‌شود». آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «اگر آزمایشات به قدری دقیق باشد که برای نوع افراد کارشناس نیز سبب قطع و یقین جهت انتساب فرزند به شخص آن مرد باشد جهت انتساب فرزند به او کافی است». آیت‌الله حسین نوری همدانی: «اگر علم حاصل شود می‌تواند حکم به وجود نسبت کند». آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای: «حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین»^۲.

برخی دیگر از مراجع بر این باورند که علمی که از طریق این آزمایش‌ها حاصل گردد حجت نیست و با این آزمایش‌ها نمی‌توان نسب را ثابت نمود.^۳ آیت‌الله ناصر مکارم

۱- «... شاکیه... باردار... مقر به ارتکاب زنا... و مدعی است که حمل وی متعلق به «الف» بوده لیکن... اقرار به... زنا نکرده و ادله... دیگری... جهت اثبات... زنا... نیست. دادگاه... نوزاد، متهم... و شاکیه را جهت آزمایش... DNA به... پزشکی- قانونی ... معرفی می‌نماید... پزشکی قانونی پاسخ می‌دهد که با توجه به احتمالات از جهت آزمایش... نوزاد می‌تواند متعلق به متهم... باشد... شاکیه... دادخواست... الزام... به تنظیم سند سجلی... نوزاد ناشی از زنا می‌نماید. دادگاه... در خصوص دادخواست... متهم... را ... ملزم به تنظیم سند سجلی جهت نوزاد به نام خود... و متهمه ... می‌نماید. سؤال اینجاست که ... آیا اثبات نسب بدون اقرار و ادله دیگر و صرفاً با پاسخ مثبت آزمایش DNA ممکن است؟ در حالی‌که می‌دانیم طبق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی‌شود». البته سؤالات فرعی دیگری هم مطرح شده که در بطن سؤال اصلی الحاق طفل به مردی که اقرار به زنا ندارد، جا می‌گیرد؛ لذا به جهت اختصار از بیان آن خودداری می‌شود.

۲- حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیکی، بی‌تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx>

۳- همان‌جا

شیرازی: «این گونه آزمایش‌ها ... و علم قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست ... و نسب نیز با این آزمایشات ثابت نمی‌شود؛ این‌گونه آزمایش‌ها با توجه به تخلف‌های فراوانی که دارد حجت نیست». علت این حکم به حجیت علم قاضی برمی‌گردد؛ یعنی علم قاضی زمانی حجیت دارد که از طریق حس یا مبادی قریب به حس باشد.^۱

در فرض تعارض این آزمایش‌ها با اماره فراش نیز در میان علما اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای بر این عقیده‌اند که این آزمایش‌ها حجیت نداشته و بر اماره فراش مقدم نمی‌گردند. آیت‌الله جواد تبریزی: «آزمایش و تجزیه خون و امثال آن‌ها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع‌الشرایط علم حاصل شود می‌تواند به علم خود عمل کند والله العالم». آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی: «این‌گونه آزمایش‌ها نمی‌تواند مرجح شود». آیت‌الله صافی‌گلپایگانی: «در فرض سؤال ترجیح باید فقط با امارات شرعیه باشد والله العالم».^۲

عده‌ای نیز به امکان عمل قاضی به علم خود در صورت حصول یقین اظهار نظر نموده‌اند. آیت‌الله سیّد علی سیستانی: «تنها با طریق قطعی ترجیح داده می‌شود و لکن حد زنا با آن ثابت نمی‌شود. بلی، برای قضاوت باید به نحوی باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال شود».^۳

۲- اعتبار آزمایش دی.ان.ای از دیدگاه حقوق

قانون مدنی^۴ بدون ارائه تعریفی از ادله اثبات دعوی در ماده ۱۲۵۸ این ادله را نام برده است.^۵ قانون آیین دادرسی مدنی^۶ با ارائه تعریف «دلیل» که می‌گوید: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند»، این

۱- مکارم شیرازی، ناصر، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.makarem.ir/websites/farsi/esteftha/?mit=1137>

۲- همان‌جا

۳- حسینی، محمد، «استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیکی»، بی‌تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx>

۴- از این به بعد با علامت اختصاری «ق.م.» آورده می‌شود.

۵- جلد سوم ق.م.مصوب ۱۳ مهر ماه و ۸ آبان ماه ۱۳۱۳.

۶- از این پس با علامت اختصاری «ق.آ.د.م.» آورده می‌شود.

نقیصه را جبران نموده است. ادله اثبات دعوی شامل^۱ اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم می‌باشد. قانون آیین دادرسی مدنی علاوه بر موارد فوق معاینه محل، تحقیق محلی^۲ و کارشناسی را نیز در زمره این ادله آورده است.^۳ لذا قانونگذار در ارائه دلیل برای اثبات دعوی محدودیتی قائل نگردیده است، مع الوصف در خصوص ادله اثبات نسب نیز تصریحی وجود ندارد و صرفاً در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م. به اماره فراش و در ماده ۱۲۷۳ به اقرار به نسب اشاره نموده است. گرچه به نظر می‌رسد برای اثبات نسب هم به عنوان یک ادعا به هر یک از ادله مذکور بتوان استناد نمود.

در کتب حقوقی نیز طرق اثبات نسب تحت دو عنوان اماره فراش و ادله دیگر مورد بررسی قرار گرفته است (امامی، ۱۳۴۳، ج ۵، ص ۱۵۵ و ۱۷۲). در استفاده از آزمایش‌های ژنتیک میان حقوقدانان بحث و بررسی چندانی صورت نگرفته است و تنها عده قلیلی به این موضوع به اختصار پرداخته‌اند. یکی از اساتید برجسته حقوق بر این عقیده است که اماره فراش دلیل منحصر قانونی نیست و از سایر ادله از جمله آزمایش‌های پزشکی نیز می‌توان در اثبات نسب کمک گرفت، زیرا هیچ یک از امارات دلیل منحصر شناخته نمی‌شوند مگر این‌که قانون به آن تصریح نماید و ادله و قراین دیگر را مثبت نداند (همانجا).

عده‌ای نیز آزمایش‌های «دی.ان.ای» را در شمار دلیل کارشناسی آورده و بر این عقیده‌اند که از آزمایش‌های «دی.ان.ای» در انتفای انتساب طفل به شوهر می‌توان بهره برد، اما در اثبات نسب به تنهایی نمی‌تواند مثبت باشد، بلکه به عنوان جزئی از امارات قضایی می‌تواند مورد توجه دادرس قرار گیرد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۳۰۲: امامی و صفائی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۷).

اداره حقوقی قوه قضائیه به موجب نظریه‌ای اعلام نموده است که بر اساس آن هر چند اثبات نسب طبیعی مرد و طفل متولد از زنا از طریق آزمایش پزشکی امکان‌پذیر است، لیکن

۱- ماده ۱۲۵۸.

۲- مبحث پنجم از باب دوم، ماده ۲۴۸ الی ۲۵۷.

۳- مبحث ششم از باب دوم، مواد ۲۵۷ الی ۲۷۰.

این امر موجب توارث و ولایت پدر بر او نمی‌شود، در عین حال بعضی وظایف و تکالیفی که ابویین دارند، مانند حضانت و انفاق (نگهداری و هزینه آن و اخذ شناسنامه) و همچنین پاره‌ای از احکام مانند حرمت ازدواج با محارم بر نسب طبیعی مترتب است و فقط ارث و ولایت است که در نسب شرعی و قانونی مترتب می‌شود.^۱

گرچه اظهارنظر حقوقدانان تقریباً به موارد فوق محدود گردیده است، اما نکته حائز اهمیت این است که از میان همین عده قلیل، کسی قائل به عدم اعتبار مطلق آزمایش‌های «دی.ان.ای» نگردیده است و صرفاً در نوع استناد به آن اختلاف نظر وجود دارد؛ در حالی که از نظریه برخی مراجع تقلید عدم قابلیت مطلق استفاده از این‌گونه آزمایش‌ها قابل استنباط است. با این حال، قدر متیقن از کلام حقوقدانان و فقها آن است که آزمایش‌های ژنتیک در صورتی که مبنایی برای حصول علم برای قاضی باشد، استناد به آن برای حل نزاع بلامانع است. نگارنده بر این باور است که قدرت اثباتی آزمایش «دی.ان.ای» منوط به رعایت استانداردهای علمی از سایر امارات قوی‌تر است و در فرض تعارض با سایر امارات ترجیح با آزمایش مذکور می‌باشد.

اما آیا اساساً علم قاضی حجیت دارد؟ منظور از علم چیست و چه علمی در اعطای اعتبار به آزمایش‌های «دی.ان.ای» مد نظر فقها و حقوقدانان است که با حصول آن بتوان قائل به حجیت آزمایش‌های «دی.ان.ای» گردید؟ منظور از قطع و یقین چیست؟ آیا به ظنون و احکامی که از حیث وثاقت در مرتبه قطع نیستند، می‌توان ترتیب اثر داد؟ آیا ادله اثبات نسب موجب تحقق قطع می‌گردند یا این‌که این ادله از ادله ظنی می‌باشند؟ آیا ادله اثبات نسب حصری هستند و امکان پذیرش دلیل جدیدی برای اثبات نسب وجود ندارد یا آن‌که این ادله حصری نیستند و هر دلیل جدیدی که بتوان با آن به حقیقت دست یافت، می‌تواند در زمره ادله اثبات نسب آورده شود؟

۱- حسنی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیکی، بی‌تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://vakilghasemian.blogfa.com/post_15.aspx

مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله

۱- مفهوم علم

علم در لغت دانستن، دانش، معرفت و فهم یک مسأله است (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴هـ ص ۳۴۳).
و در اصطلاح فقهی یقین و اطمینان (علم عادی) معنا شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴،
ص ۶۸). در بعضی از کتب لغت نیز علم مترادف با قطع و یقین آمده است (عسکری، ۱۴۱۲هـ
ج ۱، ص ۳۷۴).

قطع، در لغت بریدن (ابن منظور، بی تا، ج ۱، ص ۲۷۶) و انکشاف کامل (انصاری، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۷)
معنا شده است.

اصولیان تعریف صریحی از قطع ارائه ننموده‌اند و از آن به «انکشاف تام یا کشف
تام» تعبیر کرده‌اند (همانجا؛ صدر، ۱۴۰۶هـ ج ۱، ص ۱۷۷). از نحوه استدلال ایشان پیداست که
در قطع قائل به احتمال خلاف نیستند.^۱

در مجموع قطع را می‌توان «اعتقاد جازمی که در نظر قاطع با واقع مطابق است»
تعریف نمود و لذا، شخص قاطع واقع را برای خود مکشوف می‌داند و به هیچ وجه
احتمال خلاف در آن نمی‌دهد (مظفر، ۱۴۱۵هـ ج ۲، ص ۲۶).

۲- حجیت علم

اصولیان قطع را به دو دسته تقسیم نموده‌اند: قطع طریقی و قطع موضوعی. قطع طریقی
قطعی است که خصوصیت و موضوعیت ندارد و صرفاً راهی است به سوی واقع؛ اما قطع
موضوعی خود صفت قطع در مقابل صفات دیگر نفس چون ظن و شک در موضوع حکم
شرعی دخالت دارد و حکم شرع دایر مدار حالت قطع است (انصاری، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۸). قاعده

۱- علم الهدی، سید محمد صادق، «آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه
اینترنتی:

http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=182:osool-61&catid=45:osool&Itemid=149#_ftn3

اولیه در قطع، طریقت است مگر در مواردی که بر موضوعیت داشتن دلیل داشته باشیم و لذا در موارد شک، به طریقی بودن حکم می‌نماییم (انصاری، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۸).

اصولیان معتقدند چون قطع فی‌نفسه راهی به سوی واقع است، حجیت آن ذاتی است؛ یعنی طریقت و کاشفیت از لوازم ذات آن است، مثل زوجیت برای عدد چهار و جعل شارع اثباتاً و نفیاً به آن تعلق نمی‌گیرد (همان، ص ۸-۹).

برخی از اصولیان هم ادله حجیت قطع را شامل علم عادی نیز می‌دانند و حجیت علم عادی و عرفی را ذاتی دانسته‌اند (خوrossندیان، ۱۳۸۳، ص ۶۱). در توجیه آن آمده است که قطع مورد نظر اصولیان، قطع به آن مفهومی نیست که به هیچ وجه احتمال خلاف در آن نرود نمی‌باشد، بلکه این قطع در مرتبه بالاتری از «اطمینان مُصطلح»^۱ تعریف می‌شود که طیف وسیعی از کشف است که لاجرم به نقطه اوج (صددرصد) نمی‌رسد، بلکه در اکثر مواقع لایه رقیقی از احتمال مخالفت با واقع را به همراه خود دارد، البته این احتمال گاه آن قدر ناچیز است که نزد انسان‌های نسبتاً دقیق نیز قابل اعتنا و مبنای عملی و حتی نظری قرار نمی‌گیرد. لذا حجیت قطع، عقلی یا ذاتی نیست، بلکه امری فطری و عرفی است که به مقتضای فطرت و خلقت آدمی اعتبار یافته است.^۲

در فقه و حقوق نیز علم اخص از قطع تعبیر می‌شود و رسیدن به علمی که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف مورد نظر است که به وسیله آن، دعاوی مورد حل و فصل قرار می‌گیرند و با عنوان قطع عادی یا عرفی از آن بحث می‌شود که به آن اطمینان و ظن به علم نیز می‌گویند؛ پس، علم عادی علمی است که اغلب اعضای جامعه وقتی به آن دست یابند، به احتمال خلاف آن توجه نمی‌کنند، هر چند احتمال خلاف آن عقلاً امکان‌پذیر باشد و اگرچه اقلیت مردم به آن عمل کنند؛ زیرا علم عادی موجب سکون و اطمینان می‌شود و مردم علم عرفی را کاشف از واقع می‌دانند (مدنی، ۱۳۷۸، ص ۳۷۹؛ خوrossندیان، ۱۳۸۳، ص ۶۱)؛ زیرا عمل بر اساس علم غیرعادی موجب اختلال در نظام عالم

۱- مرتبه عالی کشف، مرتبه‌ای که آدمی به حکم طبیعت و فطرت خدادادیش، ترتیب اثری به احتمال خلاف در آن نمی‌دهد.

۲- حسینی، سید محمد صادق، «آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=182:osool-61&catid=45:osool&Itemid=149

هستی است؛ زیرا مشیت و اراده خداوند به جریان امور بر اساس نظام اسباب و مسببات طبیعی و علم عادی نوع بشر تعلق گرفته است و لذا پیامبر 6 و ائمه علیهم السلام برای شفای بیماری خود و سایرین از علم غیب استفاده نمی‌کردند^۱ (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۲۱؛ کلینی، بی تا، ج ۱، ص ۲۶۰).

بنابراین ملاحظه می‌گردد که منظور از قطع، علمی نیست که هیچ‌گونه احتمال خلاف در آن نرود؛ بلکه تا میزانی که سبب سکون و اطمینان نفس برای مکلف گردد کافی است؛ لذا فقها ملاک حجیت علم عرفی را بنای عقلا دانسته‌اند (آملی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۶) که شارع آن را رد نکرده است^۲. از حجیت علم قاضی در متون فقهی و حقوقی مفصل بحث شده است. مشهور فقهای امامیه علم قاضی جامع‌الشرایط قضاوت را به طور مطلق دارای حجیت دانسته‌اند (خوئسندیان، ۱۳۸۳، ص ۶۰). زیرا همان علم عادی که سبب سکون نفس می‌گردد و بر اساس عادت، احتمال خلاف آن وجود ندارد، در حجیت علم قاضی نیز کافی است (همان، ص ۶۱).

۳- حجیت ادله اثبات نسب

ادله اثبات نسب شامل اماره فراش، اقرار، شهادت و قرعه می‌باشند که ذیلاً توضیح داده می‌شود:

الف - امارات: بنا بر نظر مشهور، قطع و حجیت امارات و طرق نازل منزله آن‌ها از باب قائم‌مقامی قطع و برخلاف قطع، جعلی و تابع جعل جاعل است (خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۴۲). لذا، اماره هم می‌تواند مستند شهادت قرار گیرد؛ زیرا منظور از قطع در بینه، قطع طریقی است نه صفتی؛ پس هر چه طریق به واقع است می‌تواند مستند تتمیم کشف باشد و عقلا کاشفیتی با رجحان قطع برای این‌ها در نظر گرفته‌اند و در لسان آیات و اخبار از جعل

۱- شاید یکی از حکمت‌های ممنوع بودن تمسک به نجوم، تسخیر جن، برای غیب‌جویی و کشف غیرعادی حوادث آینده، اختلال در نظام عالم هستی باشد.

۲- برای مطالعه بیشتر بنگرید به: مظاهری، حسین، «حجیت مظنه»، درس خارج اصول، ۸۹/۳/۱۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Mazaheri/Osool/88>

حجیت و طریقت اثری نیست؛ بلکه عمل عقلا در طول تاریخ و امضای آن توسط شارع ملاک حجیت طرق و امارات معتبر می‌باشد (خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۴۲).

عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند که حجیت طرق و امارات از باب قائم مقامی قطع نیست، بلکه قطع طریق عقلی است و طرق و امارات، طریق عقلایی و قطع از این جهت بر طرق عقلایی مقدم است؛ زیرا عقلا زمانی به طرق و امارات ترتیب اثر می‌دهند که قطع در مقام مفقود باشد؛ عملشان از باب جانشینی نیست. و لذا اگر علمی هم به عنوان مبنا وجود نداشت، باز هم عقلا بدون توجه به جعل و تنزیل، به امارات و طرق عمل می‌کردند (همانجا).

امارات موجود در دست ما بر همین مبنا مورد عمل عقلا قرار گرفته است و حیات اجتماع و جامعه انسانی به همین روش عقلایی بستگی دارد؛ زیرا در غیر این صورت اگر بنا باشد در هر موردی به علم عمل شود، موجب اختلال نظام مدنی و رکود جامعه بشری می‌گردد (همانجا).

لذا در مواردی که طریق عقلی بر حجیت اماره‌ای تعلق گیرد و سیره عقلا بر عمل به آن قرار یابد و ردعی از جانب شارع در آن مورد وجود نداشته باشد، تبعیت از آن از باب منجزیت و معذوریت، همان‌گونه که در حجیت قطع آمده است، دارای حجیت است.

بر اساس ماده ۱۳۲۱ ق.م. اماره یکی از دلایل اثبات دعوی است و تفاوت آن با سایر ادله در رسیدن به واقع از راه غیرمستقیم است. اماره بر اساس قانون مدنی شامل اماره قانونی و قضایی می‌گردد. اماره فراش وفق مواد ۱۱۵۸-۱۱۵۹ ق.م. در زمره امارات قانونی است. ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تعریف اماره و بیان ماهیت آن مقرر می‌دارد: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود». این تعریف، دخالت عقل و استنباط را در اماره می‌رساند و نشان می‌دهد که قانونگذار یا قاضی به آنچه برمی‌خورد و در اختیار دارد «اوضاع و احوال» است؛ امری که به‌خودی‌خود مطلوب نیست، ولی زمینه‌ساز رسیدن به واقع مطلوب است؛ یعنی معلومی است که عقل با مجموع درایت و تجربه بتواند از آن به مجهولی که هدف اثبات است، برسد. به همین جهت، می‌گویند اماره دلیل غیرمستقیم است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۶).

اثبات خلاف اماره به‌طور معمول با همه دلایل امکان دارد و حتی اماره‌های قضایی ویژه هر دعوا می‌تواند خلاف حکم عام اماره قانونی را ثابت کند. هدف از وضع اماره، کشف واقع از راه عملی است. هر چند قانون ظن نوعی و حکم غالب را تعمیم دهد، چنان‌که قانونگذار غلبه انتساب فرزند متولد در زمان زوجیت^۱ را به شوهر با وضع اماره فراش به صورت حکمی عام کاشف از نسب قرار داده است (کلتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۶). این اماره نسبی وفق ماده ۱۳۲۲ ق.م. تا زمانی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن نباشد.

ب - شهادت: شهادت در لغت به معنای حضور، معاینه و اطلاع آمده است (ابن‌منظور، ج ۲، بی تا، ص ۲۳۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ش ۳۱۷۵، ص ۳۹۷) و در اصطلاح عبارت است از انتقال حقیقت امری از ناحیه فردی واجد شرایط که آن را دیده و شنیده به قاضی محکمه، علیه یکی از اصحاب دعوی و به نفع دیگری با ادای سوگند و التزام به راستگویی (مدنی، ۱۳۷۸، ج ۲-۱، ص ۳۵۵). شهادت و بینه گاه در یک مفهوم به کار می‌روند.

برخی از فقها بینه را چیزی دانسته‌اند که حق را تبیین و آشکار می‌کند و بینه را به معنای دلیل و برهان ذکر کرده‌اند و شهادت را از آن رو بینه نامیده‌اند که سبب روشن شدن حق و رفع اختلاف می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۴۵ و ۳۴۶).

در مقابل، عده‌ای از فقها بر این عقیده‌اند که بینه شهادتی است که شرع آن را حجت می‌داند و مدعی برای اثبات ادعای خود می‌تواند بدان تمسک جوید (حداد عادل، ۱۳۷۵، در بینه). حجیت بینه مورد قبول همه علما قرار دارد. اما عده‌ای معتقدند که بینه تنها مفید ظن است، ولی شارع آن را هم مرتبه علم قرار داده است. برخی نیز معتقدند شهادت سبب علم عادی می‌شود که حجیت آن را عرف قبول و شارع نیز تأیید کرده است.

فقهای امامیه معتقدند که علم بر بینه مقدم است و قاضی در صورت آگاهی از واقع، نه به بینه نیازمند است و نه می‌تواند به استناد بینه، حکمی برخلاف علم خود صادر کند. در این میان تعداد معدودی، از جمله ابن‌حمزه، این نظریه را منحصراً درباره حق الناس

۱- اماره فراش در حقوق ایران در مواد ۱۱۵۸-۱۱۶۰ ق.م. آمده است و بر مبنای ماده ۱۳۲۲ اماره‌ای قانونی است.

پذیرفته‌اند و گروهی اظهار کرده‌اند که علم قاضی مطلقاً بر بینه مقدم است.^۱ بنابراین به نظر می‌رسد حجیت شهادت، مطلق نیست، بلکه اعتبار آن در صورتی است که علم برخلاف آن نداشته باشیم و یا تصریحی مبنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد (موسویان، ۱۳۸۴، ص ۱۷).

ج - اقرار: اقرار مصدر است و در لغت به معنی اثبات، قراردادن، اعتراف و اذعان داشتن آمده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۴ هـ ص ۳۹۷). در اصطلاح حقوقی بر اساس ماده ۱۲۵۹ ق.م. «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر به ضرر خود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ش ۵۳۵، ص ۷۱).

در ق.م. در بحث ادله اثبات دعوی، اقرار به عنوان اولین دلیل آمده است چنان که ماده ۱۲۵۸ مقرر می‌دارد: «دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: ۱- اقرار...».

در حجیت اقرار به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوی تردیدی نیست. در کتاب‌های فقهی و حقوقی نیز از اقرار به عنوان سید الادله (سرور دلیل‌ها) و اقوی الحجج (قوی‌ترین حجت‌ها) نام برده شده است (ابوئی مهریزی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۰؛ عظیمی، ۱۳۸۱، ص ۷۹) با این استدلال که شخص عاقل هیچ‌گاه بر ضرر خود اقدام نمی‌کند؛ مگر این‌که برای بیان واقع و فراغت از زمه خویش باشد. مهم‌ترین دلیل حجیت اقرار، سیره عقلا معرفی گردیده است و آیات و روایات دال بر حجیت اقرار، به عنوان امضای شارع به حساب آمده است (ابوئی مهریزی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۰).

طبق ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م «هر گاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی‌حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست». بر همین مبنا برخی از نویسندگان بر این عقیده‌اند که اقرار برخلاف «بینه» و «یمین» به تنهایی برای رفع خصومت کافی است و بدون نیاز به حکم قابل اجراست و به استناد مواد ۱۲۷۵-۱۲۷۶ ق.م. در توضیح وصف الزام‌آور بودن اقرار تصریح دارند که الزام ناشی از اقرار نظیر الزاماتی است که به موجب عقود حاصل می‌گردد؛ بنابراین تا وقتی که کذب اقرار نزد حاکم ثابت نشده باشد،

۱- طارمی، حسن، «بینه»، ۱۳۸۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.encyclopaediaislamica.com/madkhal2.php?sid=2533>

اقرار به تنهایی مؤثر است (صفار، ۱۳۸۷، ص ۳).

با این حال با دقت در شرایط اقرار و همچنین ماهیت آن مشخص می‌گردد که دلیل مذکور دارای اعتبار مطلق نیست؛ زیرا اقرار اخبار به حق است و مانند هر خبر دیگری همواره احتمال صدق و کذب بودن آن وجود دارد.

ماده ۱۲۷۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «... اگر مقر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده، شنیده می‌شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد...».

از یک سو بر اساس نظریه فقها، ادعای فساد بعد از اقرار مسموع نیست (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۱۵۳) و از سوی دیگر بر مبنای ماده ۱۱۶۱ ق.م. نیز که «... هر گاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار به ابوت خود نموده باشد، دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود»، ظاهر بر این است که اقرار قاطع دعوی است و دلیل مخالف آن مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد. با این حال به نظر می‌رسد این حکم اختصاص به اقراری دارد که به دور از هر گونه خطا یا اشتباه باشد و الا در صورت اشتباه مقر، نمی‌توان به طور مطلق بر اعتبار اقرار و صحت آن حکم نمود (شیخ‌نیا، ۱۳۷۴، ص ۷۲؛ امامی، ۱۳۴۳، ج ۵، ص ۱۷۲؛ مدنی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۷۱ به بعد)؛ زیرا این حکم، خلاف عدالت و انصاف است.

د - قرعه: قرعه یکی از قواعد مهم فقهی است که در اثبات نسب نیز به کار می‌رود. قرعه در لغت به معنی سهم (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ هـ ص ۲۶۴) و نصیب (مدکور، بی‌تا، ص ۷۲۸) و در اصطلاح حقوقی «روشی است برای رفع تردید و سرگردانی و امکان تصمیم‌گیری هر گاه ترجیحی در بین نباشد» (محمدی، ۱۳۷۴، ص ۹۸).

در حجیت قرعه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از علما با استناد به روایات وارده بر این عقیده‌اند که قرعه به خطا نمی‌رود و به واقع برخورد می‌نماید (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۰) و قرعه را همچنان که کاشف می‌دانند مثبت هم قلمداد می‌کنند و در این مورد به روایت محمدبن حکیم استناد می‌نمایند. وی به امام عرض می‌کند که: قرعه هم خطا دارد و هم صواب. امام در جواب می‌فرماید: «آنچه را که خدا حکم کند، خطا ندارد».

مقصود از کاشفیت آن است که آنچه خدا حکم می‌کند، قطعاً مبین واقع است و مقصود

از اثبات آن است که آنچه خدا حکم می‌کند، همان صواب است. در صورتی که واقع معین در افراد مورد قرعه وجود داشته باشد، قرعه کاشف از واقع است، اما اگر واقع معین بین افراد مورد قرعه نباشد، دلیل قرعه ابتدائاً جعل حکم می‌کند (محمودی دشتی، ۱۳۷۳، ص ۱۴۶).

در رد این نظریه استدلال شده است که: قرعه تنها برای فصل خصومت تشریح شده است و روایت محمد بن حکیم که می‌گوید: «قرعه خطا نمی‌کند» برای تأکید بر حجیت قرعه می‌باشد؛ زیرا عمل به قرعه برخلاف رویه معمول بین عقلاست و پر واضح است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد، مگر آن‌که آن را «وحی» بدانیم و این غیر معقول به نظر می‌رسد؛ زیرا لازمه‌اش آن است که قرعه از امارات هم قوی‌تر باشد (همان، ص ۱۴۶-۱۴۷).

بنابراین اصولاً ادله اثبات نسب از مظاهر و تجلیات علم عادی است (آهنی، ۱۳۸۱، ش ۲۵، ص ۳۰) و همه این ادله ظنی است و چون عمل به آن‌ها با وجودی که کشف ناقص و ظنی است حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به طریق اولی می‌تواند مستند حکم قرار گیرد (مدنی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۹). به علاوه در هیچ یک از این ادله نصی مبنی بر موضوعیت داشتن آن‌ها وجود ندارد و ماهیت این ادله ظنی و اعتبار آن‌ها نسبی است و تنها به‌عنوان راهی برای رسیدن به واقع از سوی شارع تعیین شده‌اند.

انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب

در خصوص انحصار ادله اثبات نسب، بحث مستقلی در منابع فقهی و کتب حقوقی صورت نگرفته است؛ اما در زمینه انحصار ادله اثبات دعوی دو نظریه کلی وجود دارد. برخی بر اساس روایات وارده از معصومان علیهم‌السلام از جمله روایت صحیح هاشم بن حکم نقل از امام صادق ۷ که پیامبر اکرم ۶ فرمود: «انما ائسی بینکم بالبینات و الایمان فیعضکم الحن بحجته من بعض، فایما رجل قطعت له من مال اخیه شیئاً فانما قطعت له به قطعه من النار»^۱ (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۱۶۹)، معتقدند استفاده از کلمه «انما» به عنوان ادات

۱- من در میان شما صرفاً بر اساس بیته و سوگند قضاوت می‌کنم پس بعضی از شما در آوردن دلیل، توانا تر از

حصر، بیانگر انحصار ادله اثبات دعوی در «بینه» برای مدعی و یمین (سوگند) برای منکر بوده است و دلیلی به غیر از آن قابل پذیرش نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۴۰). در واقع بر مبنای این روایت، پیامبر اکرم ۶ مستندات قضاوت را منحصر به «بینه» و «سوگند» دانسته‌اند (خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۴۵۰-۴۵۱؛ موسویان، ۱۳۸۴، ص ۱۷؛ خورسندیان، ۱۳۸۳، ش ۴۳، ص ۲۷)^۱.

عده‌ای نیز بر این اعتقادند که اولاً ادله اثبات دعوی غیرحصری است؛ زیرا در روایت مذکور، اولاً ادات حصر به کار نرفته است و از آنجا که در این روایت «اقرار» در زمره ادله اثبات دعوی نیامده است، بنابراین نمی‌توان به حصری بودن آن حکم نمود (خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۱۱)؛ ثانیاً بینه هر چند که در لسان فقها و فقه مصطلح به معنای شهادت دو شاهد عادل به کار رفته است^۲ (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۷۰)، دلیل روشن و چیزی که چیز دیگر با آن اثبات می‌شود، آمده است (راغب اصفهانی، بی‌تا، ص ۶۸ و ۶۹) و لذا بینه همه طرقتی را که به کشف حقیقت منجر می‌گردد، دربر می‌گیرد.

در خصوص ادله اثبات نسب نیز همین استدلال جریان دارد. اولاً ادله اثبات نسب در منابع فقهی به صورت پراکنده و در مباحث مختلفی مورد اشاره قرار گرفته است؛ ثانیاً در بیان ادله اثبات نسب، از ادات حصر استفاده نشده است (مظفر، ۱۴۱۵ هـ ج ۱، ص ۱۲۷-۱۲۹؛ سرخسی، ۱۴۱۴ هـ ج ۱، ص ۲۲۶-۲۲۷)؛ ثالثاً دلیل خاص بر انحصار ادله اثبات نسب نداریم؛ رابعاً در قوانین در خصوص ادله اثبات نسب، صراحت قانونی وجود ندارد و اصحاب دعوی محدودیتی در استناد به ادله برای اثبات دعوی ندارند.

بعضی دیگر هستند، پس هر گاه مردی از مال برادرش چیزی برای خود بسازد، همانا که پاره‌ای از دوزخ را به ملک او داخل کرده‌ام.

۱- مؤمن، محمد، «خسارت دادرسی»، نشریه قضاوت، شماره ۲۵، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<http://www.ghazavat.com/25/maghale.htm>

۲- براساس برداشت از واژه بینه در حدیث «مسعده بن صدقه» در مسأله «اصل اباحه» از امام صادق ۷ نقل شده است.

۳- به صفحه ۶ همین مقاله مراجعه شود.

یافته‌های پژوهش

با دستیابی بشر به تکنیک‌های جدید، امکان استفاده از ابزار علمی در حوزه علوم انسانی نیز فراهم آمده است. آزمایش «دی.ان.ای» یکی از ابزارهایی است که با دقت بسیار بالا به کمک ادله اثبات نسب آمده و شاید روزی فرا رسد که به عنوان قوی‌ترین دلیل از جهت قدرت اثباتی در مخاصمات و دعاوی نسب مورد استفاده قرار گیرد. از نظر علمی قدرت اثباتی آن در مواردی که هیچ‌گونه ناسازگاری ژنی میان پدر احتمالی و فرزند وجود ندارد، ۱۰۰٪ و در سایر موارد تا حدود ۹۹/۹۹٪ عنوان شده که این میزان نیز با توجه به این‌که غالباً چنین نزدیکی ژنی میان دو فرد بیگانه وجود ندارد، می‌تواند ملاک پذیرش نسب قرار گیرد.

بررسی ادله اثبات نسب حکایت از آن دارد که این ادله حصری نیست و در زمان خود تمامی دلایل اثبات را در بر می‌گرفته است و راه قابل اعتماد دیگری برای اثبات، غیر از آنچه در متون فقهی مطرح گردیده است وجود نداشت. اماره فراش به‌عنوان ساده‌ترین شیوه اثبات دعوی نسب ساری و جاری است، اما نه به‌طور مطلق بلکه بر اساس اصول علمی پایه‌ریزی شده؛ به‌نحوی که می‌توان ادعا نمود اماره فراش تنها راه علمی اثبات نسب در زمان خود بوده و اثبات خلاف آن به راحتی امکانپذیر نبوده است. امروزه آزمایش‌های «دی.ان.ای» به ویژه در مواردی که نسب طفل میان افراد مشخصی مردد باشد با قاطعیت تعیین‌کننده نسب و فصل‌کننده مناقشه است. از آن‌جا که ماهیت ادله اثبات دعوی ظنی و اعتبار آن‌ها نسبی است و تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع، توسط شارع تعیین شده‌اند و نصی مبنی بر موضوعیت داشتن هیچ‌یک از آن‌ها وجود ندارد و محصور در موارد مذکور از طرف شارع نیستند، امکان تلقی آزمایش‌های «دی.ان.ای» به عنوان یک دلیل مستقل در اثبات نسب وجود دارد. ضمن این‌که اکثر فقها و حقوقدانان بر حجیت آزمایش‌های «دی.ان.ای» در صورتی که مفید علم باشد، اظهار نظر نموده‌اند.

در حال حاضر به لحاظ نبود مقررات صریح قانونی توسل به این آزمایش‌ها توسط اصحاب دعوی یا قضات با ابهام روبروست؛ اصحاب دعوی حق درخواست انجام آزمایش «دی.ان.ای» را از دادگاه دارند و معلوم نیست قاضی مکلف به پذیرش این تقاضاست یا

مختار است. با این حال بر اساس مقررات موجود مانعی در پذیرش تقاضای اصحاب دعوی و ارجاع به آزمایشگاه تخصصی وجود ندارد و قضات می‌توانند با استناد به علمی که از این آزمایش‌ها برای ایشان حاصل می‌شود، به حل و فصل دعاوی نسب بپردازند و تا زمان تصویب قانون در مورد پذیرش آزمایش‌های «دی.ان.ای» به‌عنوان ابزاری در جهت کشف حقیقت با رویه قضایی خود این نقیصه را جبران نمایند. گرچه بهتر است قانون‌گذار برای جلوگیری از تهافت رویه قضایی، مقررات راجع به طرق اثبات نسب را اصلاح و امکان و شرایط دقیق استفاده از آزمایش «دی.ان.ای» را در قانون به صراحت بیان نماید.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع و مأخذ

منابع فارسی

- ✓ آهني، بتول، «اعتبار علم قاضي در صدور حكم»، فصلنامه فقه و حقوق اسلامي (ندای صادق)، تهران، دانشگاه امام صادق 7، شماره 25، 1381
- ✓ ابن منظور، لسان العرب، بی جا، مطبعه کبيره، بی تا، چاپ اول
- ✓ ابوئی مهریزی، حسین، «حكم اقرار مريض از دیدگاه مذاهب خمس»، مجله مقالات و بررسی ها، دانشکده الهیات و معارف اسلامي دانشگاه تهران، شماره 51 و 52، 1380
- ✓ _____ «حكم انکار بعد از اقرار در فقه و حقوق اسلامي»، مجله مطالعات اسلامي، دانشگاه مشهد، شماره 57، پاییز 1381
- ✓ امامي، اسدالله و صفائی، سيد حسين، حقوق خانواده: قرابت و نسب و آثار آن، تهران، دانشگاه تهران، 1374، چاپ اول
- ✓ امامي، سيد حسن، حقوق مدني، تهران، اسلاميه، 1343، چاپ دوم
- ✓ انصاري، مرتضی، فرائد الاصول، قم، اسماعيليان، 1375، چاپ اول
- ✓ بحراني، يوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، م لاسسه نشر اسلامي، بی تا
- ✓ بحرینی، علیرضا، «DNA چه معنایی دارد؟»، پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روز رسانی 91/1/3، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
- ✓ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، 1372، چاپ ششم
- ✓ _____ دایره المعارف علوم اسلامي (قضایی)، تهران، گنج دانش، 1381، چاپ سوم
- ✓ حداد عادل، غلامعلی، دانش نامه جهان اسلام، تهران، بنیاد دائره المعارف اسلامي، 1375، چاپ دوم

- ✓ حر عاملی، محمدبن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، احیاء التراث العربی، بی تا
- ✓ حسنی، محمد، «*استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایش های ژنتیکی*»، بی تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
- <http://vakilghaseminan.blogfa.com/post-15.aspx>
- ✓ حسینی، سید محمد صادق، «*آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟*»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
- http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article%id=182:osool-61&catid=45:osool&Itemid=149
- ✓ حلی، جمال الدین یوسف، *تذکره الفقهاء*، بی جا، المکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا
- ✓ خوئینی، غفور، *ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن*، تهران، فضیلت علم، ۱۳۸۱، چاپ اول
- ✓ خورسندیان، محمد علی، «*بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران*»، مجله علوم اجتماعی، شیراز، دانشگاه شیراز، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۸۳
- ✓ راغب اصفهانی، حسین، *المفردات فی غریب القرآن*، مصر، الکتب، ۱۴۰۴هـ چاپ دوم
- ✓ سرخسی، ابی بکر محمد، *اصول السرخسی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴هـ چاپ اول
- ✓ شیخ نیا، امیر حسین، *ادله اثبات دعوی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، چاپ دوم
- ✓ صافی گلپایگانی، لطف الله، *معارف دین*، قم، آستان مقدسه حضرت معصومه، ۱۳۸۲، چاپ اول
- ✓ صبور، علیرضا و حمیده یادگاری، «*مقایسه کارایی گروه های اصلی و فرعی خونی با DNA TYPING در رد رابطه پدر-فرزندی*»، مجله پزشکی قانونی، شماره ۴۵، بهار ۱۳۸۶

- ✓ صدر، سید محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، بیروت، دارالکتب اللبنانی، ۱۴۰۶هـ
چاپ دوم
- ✓ صفار، محمد جواد، «*قاعده تجزیه ناپذیری اقرار و دامنه اجرای آن*»، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۷۸، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<http://www.hooghogh.com/articleFull.aspx?Code=2563>
- ✓ صناعتی زاده، حسن، «*نقش DNA در تشخیص هویت*»، مجله پزشکی قانونی، نشر دادگستر، ۱۳۸۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<http://kooldinali.parsiblog.com>
- ✓ ظفری، محمد آصف، «*کاربرد دی.ان.ای در اثبات جرائم*»، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<http://www.daneshju.ir/forum/f992/t154538.html>
- ✓ عسکری، ابوهلال، *معجم الفروق اللغویه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲هـ چاپ اول
- ✓ عظیمی، محمد، *ادله اثبات دعوی*، تهران، کسری، ۱۳۸۱، چاپ سوم
- ✓ علیا، زهرا طلیمه، «*تشخیص هویت ژنی*»، مجله تعالی حقوق، قوه قضائیه، شماره ۶، مرداد و شهریور ۱۳۸۹
- ✓ غفاری، محمدرضا، ۱۳۸۸، «*دزوکسی ریبو نوکلئیک اسید (DNA) چیست؟*»، پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روز رسانی، ۹۱/۱/۳، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<http://genetics.mihanblog.com/post/9>
- ✓ فاضل، محمد، «*آشنایی با انگشت نگاری دی.ان.آ و کاربردهای آن*»، ماهنامه زیست فناوری، کانون تفکر ستاد توسعه زیست فناوری کشور، شماره ۸، آذر ۱۳۸۸
- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ سوم
- ✓ _____، «*ماهیت و اثر اماره حقوقی*»، مجله دانشکده حقوق، تهران، دانشگاه تهران، شماره ۶۴، ۱۳۸۳
- ✓ کلینی، محمدبن یعقوب، *اصول کافی*، بی جا، آل البیت، بی تا

- ✓ گودرزی، فرامرز و مهرزاد کیانی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، پایدار، ۱۳۷۸، چاپ اول
- ✓ _____ «پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق»، تهران، سمت، ۱۳۸۹، چاپ هشتم
- ✓ مؤذن زادگان، حسن علی و بابک عظیمی فر، *اخلاق زیستی از منظر حقوقی، فلسفی و علمی*، تهران، سمت، ۱۳۸۴، چاپ دوم
- ✓ مؤمن، محمد، «*خسارت دادرسی*»، نشریه قضاوت، شماره ۲۵، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
- <http://www.ghazavat.com/25/maghale.htm>
- ✓ محسنی، امیر حسین، «*انگشت نگاری ژنتیکی*»، ۱۳۹۰، میکروبیولوژی ملکولی و بیوتکنولوژی، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
- <http://molecularmicrobiology.persianblog.ir/post/123/>
- ✓ محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، تهران، یلدا، ۱۳۷۴، چاپ دوم
- ✓ محمودی دشتی، علی اکبر، *ادله اثبات دعوی*، قم، باقری، ۱۳۷۳، چاپ اول
- ✓ مدکور، ابراهیم، *المعجم الوسیط*، استامبول، دارالدعوه، بی تا
- ✓ مدنی، جلال الدین، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵، چاپ چهارم
- ✓ مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۵هـ، چاپ دوم
- ✓ موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، تهران، میعاد، ۱۳۷۲، چاپ دوم
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول، خمینی، ج ۲*، به قلم شیخ جعفر سبحانی تبریزی، بی تا، بی نا
- ✓ موسویان، سید ابوالفضل، «*قلمرو حجیت علم قاضی در فقه*»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دانشگاه تهران، شماره ۷۷، بهار و تابستان ۱۳۸۴
- ✓ نایب زاده، عباس، *بررسی حقوقی روش‌های نوین باوروری مصنوعی*، تهران، مجد، ۱۳۸۰، چاپ اول
- ✓ نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۶، چاپ دوم

✓ نریمان، مینا، «همکاری علم ژنتیک در اثبات ابوت یا نسب»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://www.drnariman.ir/sir/site/index.php?option=com_content&view=article&id=28

✓ «دیدگاه امام خمینی در مورد حجیت قطع»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://islampedia.ir/fa>

منابع لاتین و پایگاه‌های اینترنتی

- ✓ www.wpi.edu/Pubs/E-project/Available/E-project.../IQP.pdf
- ✓ PATERNITY TESTING USING HLA TYPING AND PCR (POLYMERASE CHAIN REACTION), 2012: available at: <http://www.easydna.co.uk/blog/>;
- ✓ Genetic connections, available at: http://www.dnageneticconnections.com/dna_resources.html
- ✓ Sonia M. Suter, "*All IL the Family: Privacy and DNA Familial Searching*", Harvard Journal of Law & Technology, Harvard University, Volume 23, Number 2, spring 2010
- ✓ Butler, John M, *Forensic DNA TYPING*. Biology, Technology, AND Genetics OF STR, California, Markers, 2ed , 2005
- ✓ Dufour, Nicholas, Landry, Eric, Rockowitz, Shira, Roxanne, Skowran, "*DNA FINGERPRINTING*", 2008, available at: www.wpi.edu/Pubs/E-project/Available/E-project.../IQP.pdf
- ✓ <http://geneticlab.ir/?Lang=fa&Page=34&TypeId=%%&GeneticLicenceId=18&Action=GeneticLicenceBodyView>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی